Die Verschiedenheit der echten und unechten Solidarität im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Rudolf Kaluza.

Breslau 1913.

Druck von Otto Gutsmann, Breslau, Schuhbrücke 32.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.

Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern.

Literaturverzeichnis.

Arndts, L., v. Arnesberg, R., Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl. Stuttgart 1889.

Binder, Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht. Erlangen 1899.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, II und III. Tübingen 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Halle a. S. 1905.

Donnevert, Die unechten Solidarobligationen. Diss., Erlangen 1907.

Eisele, Korrealität und Solidarität, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 77.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. Marburg 1910.

Fitting, Die Natur der Korrealobligationen. Halle 1859.

Hruza, Korrealobligationen und Verwandtes nach der zweiten Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Leipzig 1895.

v. Ihering, Die aktive Solidarobligation, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 24. Jena 1886.

Keller, Litiskontestation und Urteil. Zürich 1827.

Kuntze, Die Obligation im römischen und heutigen Recht. Leipzig 1886.

Mitteis, Die Individualisierung der Obligation. Wien 1886.

Meyer, Die verschiedene Behandlung der teilbaren und unteilbaren Obligationen. Diss., Erlangen 1899.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I und II. Berlin 1903.

Puchta, Pandekten. Leipzig 1866.

Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen. Göttingen 1831.

Piechocki, Die unechte Solidarität: Ein Beitrag zur Lehre vom passiven Gesamtschuldverhältnis. Diss., Greifswald 1910.

Scheurl, Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. Erlangen 1884.

Schott, Zession von Gesamtforderungen. Korrealobligationen. Breslau 1897.

Stolze, Zur Lehre von den unteilbaren Obligationen nach dem neuen bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches. Diss., Göttingen 1900.

v. Savigny, Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1853.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. München 1910/11. 5./6. Aufl.

Staub, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Berlin 1906/07.

Stammler, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften der Artikel: Recht. (Herausgegeben von Conrad, Lexis, Elster und Loening.) 3. Aufl. 1908.

Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen. Hannover 1862.

Unger, Passive Korrealität und Solidarität im römischen und heutigen Rechte, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 23. Jena 1884.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I und II. Frankfurt a. M. 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. Berlin 1903.

Fischer, Albrecht, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Bd. XI, Heft 1. Jena 1903.

Oehren, Die Wirkung der Erfüllung des Schuldverhältnisses durch einen der unechten Solidarschuldner auf die inhaltsgleiche Obligation und der Regreß des Leistenden. Würzburg 1911.

Kretzschmar, Die Erfüllung. 1906.

Rosenberg, Dogmatische Jahrbücher, Bd. 43.

---

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. 1883.

v. Jhering, Rudolf, Geist des römischen Rechts.

Kohler, Josef, Substanzrecht und Wertrecht, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 91.

Klingmüller, Kausa und Schuldversprechen, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 58, S. 156 ff.

Stampe, in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 55, S. 397 ff.

Leonhard, Rudolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Leonhard, Rudolf, Die Gesamtschuldner im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inhaltsübersicht.

Teil I.

Begriff der echten und unechten Solidarität.

Die Definition, die das Bürgerliche Gesetzbuch für das Schuldverhältnis gibt, zeigt mit der römischen obligatio eine große Verwandtschaft. Wesen und Inhalt der obligatio ist in folgenden zwei Sätzen enthalten:

> obligationum substantia non im eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum[1]),

und

> obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura[2]).

Die in dem ersten Satze enthaltene scharfe Abgrenzung der Obligation von dem Gebiete der absoluten, insbesondere der dinglichen Rechte ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuch von fundamentaler Bedeutung. Nach bürgerlichem Recht enthält das Schuldverhältnis nie ein Verbietungsrecht Dritten gegenüber. Das Forderungsrecht kann sich nie gegen einen Dritten richten, da das Bürgerliche Gesetzbuch das dem Allgemeinen Landrecht bekannte ius ad rem beseitigt hat[3]). Der in dem

---

[1]) l. 3 pr. D de oblig. et act. 44, 7.

[2]) pr. J. de obl. 3, 13.

[3]) Nach ALR. ist das ius ad rem eine Obligation von der Art, daß jedes dingliche Recht, das bösgläubig, d. h. in Kenntnis des ius ad rem erworben wird, weichen muß.

Satze obligatio est iuris vinculum zutage tretende Grundsatz ist, daß die römischen Juristen die Obligation als „Qualität" der beteiligten Personen auffaßten[1]).

Unter dem Einflusse des deutschen Rechts hat sich die römische Auffassung der Obligation als Qualität der beteiligten Parteien dahin geändert, daß die Obligation als iuris vinculum nicht mehr betrachtet wurde. Einen Beweis dafür, daß heute im Bürgerlichen Gesetzbuch der Obligationsbegriff nicht mehr starr an die Person des Schuldners, bzw. des Gläubigers geknüpft ist, bietet die im heutigen Recht anerkannte Zessionsmöglichkeit. Die Obligation erscheint im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr als eine rechtliche Beziehung zwischen zwei bestimmten Personen, sondern es genügt eine persönliche Beziehung schlechthin. Die Person des Schuldners, bzw. des Gläubigers, kann der Persönlichkeit nach wechseln[2]). So ist die Definition auch aufzufassen, die § 241 BGB. gibt: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.

Die Forderung soll ein „schutzwürdiges Interesse" des Gläubigers befriedigen. Dieses bestimmte schutzwürdige Interesse des Gläubigers charakterisiert und individualisiert jedes Schuldverhältnis.

---

[1]) Wäre dieser Grundsatz konsequent durchgeführt worden, so hätte die Obligation mit dem Tode des Gläubigers oder Schuldners untergehen müssen. Daß sie praktisch fortdauerte, war ein Widerspruch, der aber dadurch unschädlich gemacht wurde, daß die Person im heres eine persönliche Fortsetzung findet. Vgl. Rudolf v. Jhering, Geist des römischen Rechts, Bd. III, S. 375.

[2]) Freilich kennt auch das römische Recht eine Zession, die aber erst durch kaiserliche Konstitutionen eingeführt wurde. Bisher gab es für die mangelnde Zession nur mehr oder weniger ausreichende Surrogate, die delegatio nominis und das Institut des procurator in rem suam. Im Hinblick auf den römischen Obligationscharakter war die Einführung der cessio juristisch nur ein Rückschritt, wenn an sich auch natürlich die cessio dem Verkehr unumgänglich notwendig war.

Der römischen Auffassung der Obligation als eines „iuris vinculum" und der Definition des § 241 BGB. ist aber gemeinsam, daß sowohl der römische wie der bürgerlich-rechtliche Obligationsbegriff nur als eine Beziehung zwischen zwei Personen, zwischen Gläubiger und Schuldner, aufzufassen ist, und demzufolge ist es unrichtig, von einem „Gegenstand" des Schuldverhältnisses reden zu wollen in dem Sinne, daß das Schuldverhältnis mit einem bestimmten Gegenstande unauflöslich verknüpft ist[1]. Der Gegenstand des Schuldverhältnisses ist für den Inhalt des Schuldverhältnisses maßgebend, vermag jedoch nicht ein Schuldverhältnis zu individualisieren. Denn der Inhalt eines Schuldverhältnisses kann unbeschadet der Individualität des Schuldverhältnisses eine Änderung erfahren. Dies hat unser Bürgerliches Gesetzbuch ausdrücklich anerkannt. BGB. § 305 z. B. verlangt sowohl zur Begründung eines Schuldverhältnisses als auch zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses einen Vertrag, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. § 607 BGB. gestattet, daß, „wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, mit dem Gläubiger vereinbaren kann, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen". Desgleichen behandelt HGB. § 139, Abs. 1 in Verbindung mit § 162, Abs. 3 die Verwandelung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft in der Weise, daß die Annahme des Untergehens des alten und des Entstehens eines neuen Schuldverhältnisses nicht anzunehmen ist[2]. Ersichtlich ist auch, daß, wenn im Falle der Vertragsverletzung die Umwandelung in eine Geldforderung eintritt, keine neue Obligation, sondern nur eine Umwandelung der alten Obligation eintritt.

---

[1]) Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, 2, S. 1 ff.
[2]) Vgl. Staub, Komm. zum HGB.

Das ist mit Recht die herrschende Meinung und folgt aus § 767 BGB., nach welchem für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist, und zwar auch „wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird“. Entsprechendes bestimmt auch § 1210 des BGB. für das Pfandrecht. Das, was man also schlechthin „Gegenstand der Obligation“ nennt, vermag nicht ein Charakteristikum einer Obligation abzugeben. Charakterisiert wird vielmehr die Obligation durch die Verpflichtung des Schuldners, „dem Interesse des Gläubigers“ zu dienen, also durch einen rein persönlichen Faktor. Es ist klar, daß im Leben leicht der Fall eintreten kann, daß aus irgendwelchen Gründen im Interesse des Gläubigers nicht ein, sondern mehrere Schuldner verpflichtet sind, dem Gläubigerinteresse zu dienen. Dann besteht zwischen den einzelnen Schuldnern eine Zweckgemeinschaft. Es haften die einzelnen Schuldner für das nämliche Interesse des Gläubigers. Zu bemerken ist aber, daß das Interesse des Gläubigers auch nicht durch den Leistungsgegenstand beschränkt wird, weil infolge Verschuldens oder Verzuges des Schuldners an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine Interessenforderung treten kann, ohne daß die Obligation an sich geändert wird; vielmehr tritt, wie oben näher begründet, nur Umwandelung der Obligation ein. Verkauft z. B. A dem B eine Sache, die B darauf von C noch einmal kauft, so besteht hinsichtlich der Obligationen des A und C keine Zweckgemeinschaft. Kann C deswegen nicht leisten, weil A die Sache dem B übereignet hat, so haftet C dem B auf das Interesse, event. wird er nach den Grundsätzen über Unmöglichkeit der Leistung frei. Eine „Zweckgemeinschaft“ zwischen den beiden Obligationen kann nicht bestehen, weil die eine oder die andere ihren Inhalt

verändern kann, mit anderen Worten, weil von Identität der beiden Obligationen nicht die Rede sein kann. Sind jedoch mehrere Obligationen auf ein und dasselbe, unveränderbare Interesse des Gläubigers gerichtet, nur dann besteht Zweckgemeinschaft. Hierbei sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden: Entweder sind die mehreren Obligationen von vornherein, sei es durch Parteiwillen der einzelnen Schuldner, sei es kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung, so angelegt, daß sie die nämliche Zielstrebigkeit nach demselben Zweck haben, oder aber, die einzelnen Obligationen vereinigen sich nur „zufällig" zu demselben Zwecke. Die Zweckgemeinschaft kann also, wenn man davon reden darf, entweder eine „subjektive" oder eine „objektive" genannt werden. Ein Beispiel für die subjektive Zweckgemeinschaft möge sein: Mehrere verpflichten sich durch Vertrag zu einer teilbaren Leistung, § 421 BGB. Mehrere Schuldner schulden eine unteilbare Leistung, § 431 BGB. Mehrere haften zusammen aus Delikt, § 840 BGB.; mehrere verbürgen sich für die gleiche Schuld. Ein Beispiel für die rein objektive Zweckgemeinschaft möge sein: Mehrere haften auf dieselbe Leistung, aber der eine aus Delikt, der andere aus Vertrag. In den Fällen der subjektiven Zweckgemeinschaft spricht das BGB. von Gesamtschulden, die in § 421 ff. eingehend geregelt sind. Die Fälle der objektiven Zweckgemeinschaft faßt man unter dem Namen: „Unechte Solidarität" zusammen. Der Begriff der unechten Solidarität verträgt sich wohl mit § 420 BGB.: Mehrere, die eine teilbare Leistung schulden, sind im Zweifel Teilschuldner.

Die Worte „im Zweifel" lassen auf zweierlei schließen:

1. Ein abweichender Parteiwille kann an Stelle der Partialobligation das Gebilde schaffen, das § 421 als Gesamtschuldverhältnis bezeichnet.

2. Der abweichende Parteiwille kann aber auch den § 420 dadurch ausschließen, daß das entsteht, was die Wissenschaft unechte Solidarität nennt. Es heißt nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch: Entweder Partialobligation — oder Gesamtschuldverhältnis; vielmehr bildet § 420 nur eine Grenzlinie zwischen Partialobligation und anderen Gebilden, von denen die Gesamtschulden besonders hervorgehoben sind.

Die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches wußten, daß sie sich auf dem Gebiete der „Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern" auf hart umstrittenem Boden befanden. Die Einheits- und Mehrheitstheorie standen sich scharf gegenüber. Man suchte eine allseits befriedigende Lösung und stellte sich auf den Boden der Mehrheitstheorie[1]).

Vielleicht erscheint es befremdend, auch im Falle der unechten Solidarität von einer Zweckgemeinschaft reden zu wollen[2]). Manche Autoren, z. B. Enneccerus[3]), glauben, daß gerade das Fehlen einer Zweckgemeinschaft ein Kriterium für die unechte Solidarität sei. Das kann meines Erachtens nur in einer Verkennung des Wesens des Obligationszweckes seinen Grund haben. Wäre der Obligationszweck nicht auch unechten

---

[1]) Vgl. R. Leonhard, Die Gesamtschuldner im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuche, S. 847 ff. in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Vgl. ferner Motive zu dem Entwurfe eines BGB., S. 150, Bd. II. Berechtigt sind auch die Ausführungen von Hruza, Korrealobligationen und Verwandtes nach der zweiten Lesung des Entwurfes eines BGB., S. 1 ff. Hruza wendet sich gegen die Fassung des § 363 des ersten Entwurfes (§ 420 BGB.). Dieser Paragraph sei „irreführend und praktisch unbrauchbar". Das tägliche Leben ist der Entstehung von Partialobligationen hinderlich. Diese sind geradezu eine Ausnahme und nicht die Regel. Das Gesetz selbst kennt zwar die Partialobligation z. B. bei der Wildschadenshaftung § 835 BGB., bei Teilung des berechtigten Grundstücks § 1105 BGB. Vgl. auch § 91 des Gerichtskostengesetzes.

[2]) Vgl. aber z. B. Oertmann, Komm. zum BGB.

[3]) Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, 2, S. 239 ff.

Solidarobligationen gemeinsam, so läge überhaupt gar kein Grund vor, einen besonderen Begriff „unechte Solidarität" zu bilden. Dann müßten nur die sonstigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finden, so z. B., im Falle, daß der eine unechte Solidarschuldner leistet, würde dadurch die Leistung der übrigen unechten Solidarschuldner „unmöglich" sein und zu einer Anwendung der Vorschriften über Unmöglichkeit der Leistung zwingen. Eine eingehende Untersuchung, ob und inwiefern die Vorschriften §§ 421 ff. auch auf die Fälle unechter Solidarität anwendbar sind, wäre dann nicht am Platze. Die Zweckgemeinschaft ist es nun gerade, was die unechten den echten Solidarobligationen so nahe verwandt macht, daß man überhaupt erst dazu kam, die Frage aufzuwerfen, ob sich die Regeln über echte Solidarität auf die unechte Solidarität anwenden lassen. Die Zweckgemeinschaft, das die echte und unechte Solidarität umschlingende Band, hat sogar dazu geführt, daß z. B. Dernburg den begrifflichen Unterschied zwischen echter und unechter Solidarität bestreitet[1]). Dernburg gerät in das entgegengesetzte Extrem wie Enneccerus[2]). Dernburg leugnet nicht, daß die „sogenannte" unechte Solidarität eine andere Behandlung verdient als die echte Solidarität; es liegt also vielleicht nur ein Streit um Worte vor. Denn wenn man fragt, warum denn eigentlich die Dernburgsche „sogenannte unechte Solidarität" eine andere rechtliche Regelung erfordert, als die echte Solidarität, so kann die Antwort nur lauten: Eben wegen des begrifflichen Unterschiedes der echten und unechten Solidarität, ein Unterschied, wie er meines Erachtens in den Begriffen „subjektive" und „objektive" Zweckgemeinschaft am besten zum Ausdruck kommt.

[1]) Vgl. **Dernburg**, Bd. II, 1, S. 418.

[2]) Vgl. **Enneccerus-Kipp-Wolff**, I, 2, S. 239 ff.

a) Der Begriff der Teilbarkeit der Leistung ist für die Unterscheidung der echten und unechten Solidarität belanglos.

Allein die Zweckgemeinschaft ist das maßgebende Kriterium, wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch durch die Fassung des § 431 zu dem Fehlschluß verleitet, daß bei unteilbarer Leistung nur echte Solidarität möglich ist: schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner. Wollte man dies wörtlich auffassen, so könnte man glauben, daß unechte Solidarität nur bei teilbaren Leistungen vorkommen kann, und daß überall dort, wo mehrere eine unteilbare Leistung schulden, ein Gesamtschuldverhältnis anzunehmen sei. § 431 BGB. würde also nach dieser Auffassung ebenso wie § 774, Abs. 2 BGB., wonach Mitbürgen stets als Gesamtschuldner haften, auch wenn ihnen die bewußte subjektive Zweckgemeinschaft fehlt, eine Ausnahme statuieren. Ob diese Auffassung berechtigt ist, hängt davon ab, ob man einen so tiefgehenden logischen Unterschied zwischen Teilbarkeit und Unteilbarkeit auffinden kann, daß eine strenge Sonderbehandlung der auf eine unteilbare Leistung gerichteten Obligationen gerechtfertigt erscheint. Dies zwingt aber, auf den Begriff der Teilbarkeit und Unteilbarkeit näher einzugehen.

Der Begriff der Teilbarkeit geht aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch direkt nicht hervor, vielmehr ergeben die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, daß die Entscheidung darüber, wann eine Leistung teilbar ist oder nicht, der Rechtswissenschaft überlassen bleiben soll. Naturwissenschaftlich existiert der Begriff der Unteilbarkeit nicht, ebenso gibt es auch rein logisch keine Unteilbarkeit. Man nennt gewöhnlich die Leistung auf ein dare, ein Unterlassen, eine Willenserklärung, unteilbar, namentlich den Herausgabeanspruch. Jedoch wird niemand

bestreiten, daß die Möglichkeit einer Sukzessivleistung stets vorhanden ist.

Auch eine Willenserklärung kann man bei streng realistischer Auffassung als etwas sukzessive zu Bewirkendes auffassen, wenn man unter einer Willenserklärung die Äußerung des Geschäftswillens versteht [1]). Die zur Erzeugung einer Willenserklärung nötige menschliche Tätigkeit, seien es nun Worte oder sonstige Zeichen menschlichen Willens, vollzieht sich in der Zeit und kann daher in einer beliebigen Reihe von Einzelhandlungen bewirkt werden. Mit derselben „Berechtigung" wie Planck [2]) und Oertmann [3]) den Herausgabeanspruch teilbar nennen, kann man auch die Willenserklärung bei streng abstrakter Auffassung als etwas Teilbares auffassen.

Dies ist logisch vollkommen richtig. Es gibt keinen aprioristischen Begriff der Unteilbarkeit. Wenn trotzdem das Recht von „Unteilbarkeit" spricht, so ist das unter dem Gesichtspunkte zu verstehen, daß das Recht mehr sein will als reine Logik; so liegen namentlich die Aufgaben des Vermögensrechts auf rein wirtschaftlichem Gebiete. Die Wirtschaft stellt für das Recht Postulate auf, und zu diesen Postulaten gehört auch der Begriff der Unteilbarkeit. Wirtschaftlich macht es einen fundamentalen Unterschied aus, ob eine Leistung in der Weise geteilt werden kann, daß die einzelnen Teilleistungen auch qualitativ der ganzen Leistung gleichen oder nicht. In Unterwerfung unter die Erfordernisse des Wirtschaftslebens

[1]) Darüber ist wohl Einigkeit vorhanden. Streit herrscht nur darüber, wie beschaffen diese Äußerung sein muß, ob jede Äußerung genügt oder nur eine Äußerung, die an einen bestimmten Adressaten gerichtet ist, oder wenigstens für fremde Wahrnehmung bestimmt ist. Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht, I, § 106, Abs. 2; Planck, Vorbem. zum 2. Titel Nr. 3; R. Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB. 1900, S. 256; Enneccerus, I, 1, S. 336.

[2]) Vgl. Planck, Komm. zum BGB.

[3]) Vgl. Oertmann, Komm. zum BGB., Recht der Schuldverh., S. 229.

nennt das Recht alle die Leistungen unteilbar, die nur in der Art in Teilleistungen zerlegt werden können, daß die Teilleistungen sich nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ von der Hauptleistung unterscheiden. Nach diesem Kriterium ist z. B. auch der Herausgabeanspruch und die Willenserklärung unteilbar, weil es wirtschaftlich einen Unterschied ausmacht, ob eine Sache ganz oder unter Einräumung des Mitbesitzes „herausgegeben" wird, oder ob eine Willenserklärung als solche oder fragmentarisch in die Erscheinung tritt. Nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens fällt es auch schwer, eine sukzessive „Herausgabe" überhaupt „Herausgabe" zu nennen, ebenso, wie eine teilweise „Willens"erklärung keinen Anspruch auf die Bezeichnung als Willenserklärung erheben kann. Für die Unterscheidung der Teilbarkeit und Unteilbarkeit sind also wirtschaftliche Momente maßgebend, wodurch aber nicht der Irrtum veranlaßt werden soll, als ob Recht und Wirtschaft zwei verschiedene Welten sind. „Das Recht ist nicht ein für sich bestehendes Ding, das zunächst und in sich von der sozialen Wirtschaft unabhängig ist; sondern es ist notwendig eine Regelung des sozialen Zusammenlebens"[1]). Recht ist in einem gewissen Sinne gleichbedeutend mit Wirtschaft, weil eine ungeregelte Wirtschaft eine Contradictio in se ist. Man muß daran festhalten, daß der juristische Begriff der Unteilbarkeit kein rein logischer, sondern ein aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus geborener ist. Deswegen rechtfertigt sich eine Sonderbehandlung der unteilbaren Obligationen nur insoweit, als dies durch wirtschaftliche Faktoren bestimmt ist; sonst ist in den übrigen Fällen auf die Unterscheidung von Teilbarkeit und Unteilbarkeit keine Rücksicht zu nehmen. Die hauptsächlichste

[1]) Vgl. Stammler, Art. Recht im Handwörterbuch der Staatswissenschaften.

Funktion der Unteilbarkeit ist auf dem Gebiete der Unmöglichkeit der Leistung zu suchen. Hat der Gläubiger einen Teil der Leistung angenommen und wird die Restleistung unmöglich, so muß der Gläubiger den von ihm entgegengenommenen Teil behalten, es sei denn, daß er das Interesse an der Gesamtleistung verloren hat. Für diese Regelung sind, wie man sieht, in erster Linie wirtschaftliche Momente maßgebend gewesen.

Sind aber wirtschaftliche Momente dafür maßgebend, daß, wenn mehrere eine unteilbare Leistung schulden, diese nach § 431 BGB. stets als Gesamtschuldner haften? Diese Frage ist ohne weiteres zu verneinen. § 431 BGB. will sagen, daß der Grundsatz: Nomina sunt ipsa divisa bei unteilbaren Leistungen keine Anwendung finden kann, eben wegen der Unteilbarkeit der Leistung. Darüber hinaus will § 431 BGB. aber nicht behaupten, daß überall und stets mehrere Schuldner einer unteilbaren Leistung Gesamtschuldner sind. Es wird nur der Grundsatz: Nomina sunt ipsa divisa ausgeschaltet. Aber § 431 will nicht ebenso wie § 774 BGB. unter mehreren Mitbürgen eine subjektive Zweckgemeinschaft präsumieren. In § 774 BGB. sehen wir allerdings, daß das Gesetz eine subjektive Zweckgemeinschaft selbst dann als vorhanden ansieht, wenn den mehreren Mitbürgen jedes Bewußtsein von der Existenz der übrigen Mitbürgschaften abgeht, jedoch steht § 431 dem § 774 in keiner Weise gleich, auch mehrere Schuldner einer unteilbaren Leistung sind unechte Solidarschuldner, sobald die subjektive Zweckgemeinschaft fehlt.

b) Die eadem causa, kein Erfordernis der Solidarität.

Will man eine Grenze zwischen echter und unechter Solidarität ziehen, so ist es erforderlich, darauf näher einzugehen, wann eine subjektive Zweckgemeinschaft besteht, ins-

besondere, welche Faktoren erforderlich sind, wenn eine solche zur Entstehung gelangen soll. Das Vorliegen einer subjektiven Zweckgemeinschaft wird dann niemals in Frage stehen können, wenn eadem causa vorliegt, wenn also mehrere sich gemeinschaftlich zu einer Leistung verpflichten oder durch gemeinschaftlich begangenes Delikt auf dasselbe haften, also im Falle des § 421 und § 840 BGB. Die aus gleicher Entstehungsursache resultierende Gleichheit, „Identität", der einzelnen das Gesamtschuldverhältnis bildenden mehreren Obligationen hat dazu geführt, daß man zu der Auffassung kam, daß nicht mehrere, sondern nur eine Obligation „mit mehrfacher persönlicher Beziehung" vorhanden ist[1]). Die Einheitstheorie glaubt im römischen Recht die gesamtzerstörende Wirkung der Litiskontestation erklären zu können. Die Beantwortung der Frage, ob es überhaupt möglich ist, selbst im römischen Recht von einer „una obligatio" sprechen zu können, würde über den Rahmen der Arbeit herausgehen. Gegen die Einheitstheorie haben sich gewandt namentlich Chzylarz[2]), Eisele[3]), Mitteis[4]) und Dernburg[5]). Im heutigen Recht ist die Einheitstheorie jedoch über Bord geworfen, wenn auch ihre Geltung für das heutige Recht noch mitunter behauptet wird, so z. B. von Schott[6]). Die Möglichkeit „subjektloser Rechte"

---

[1]) Keller, Litiskontestation und Urteil, S. 443 ff.; Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen; Windscheid, § 293; L. Arndts, R. v. Arnesberg, § 214; Brinz, II, § 235 und § 253.

[2]) Chzylarz in Grünhuts Zeitschrift, Bd. III, S. 59.

[3]) Eisele im Archiv für ziv. Praxis, Bd. 77, S. 374.

[4]) Mitteis, Die Individualisierung der Obligationen, S. 49 ff.

[5]) Dernburg, Pandekten, II, § 72.

[6]) Schott, Zession von Gesamtforderungen, sieht in der Tatsache der Möglichkeit einer Singularsukzession in Forderungen in unserem heutigen Recht eine Stütze der Einheitstheorie, welche sie für das römische Recht entbehren mußte. Vgl. Seite 75 ff.

ist aber entschieden abzulehnen, wenn auch die Negotiabilität von Forderungen ein Beweis dafür ist, daß im heutigen Recht die Obligation nicht mehr wie früher ein starres iuris vinculum ist. Ein subjektloses Recht ist aber eine Contradictio in se, weil der Begriff des Rechts mit der Vorstellung eines Berechtigten verknüpft ist. Mit Recht bezeichnet Enneccerus das, was man subjektloses Recht oder objektiven Bestand des Rechts nennt, als bloße Gebundenheit des Rechtsgutes für einen zukünftigen Zweck[1]). Mit der herrschenden Meinung ist das Gesamtschuldverhältnis als eine Mehrheit von Obligationen aufzufassen. Die eadem causa ist nur ein sicheres Kriterium dafür, daß es sich um eine subjektive Zweckgemeinschaft handelt, um eine Identität der einzelnen Obligationen auf subjektiver Basis.

Ist aber die eadem causa ein die Identität der Obligationen bedingender Faktor? Das ist zu verneinen. Denn der Entstehungsgrund ist nicht für den Inhalt einer Obligation maßgebend. Der Inhalt einer Obligation kann ja unbeschadet der Identität der Obligation vertraglich oder gesetzlich eine Änderung, eine Umwandelung erfahren. Das ist bereits oben näher auseinandergesetzt. Man wird aber auch unmöglich behaupten können, daß das subjektive Moment, das eine condicio sine qua non für Gesamtschuldverhältnisse ist, nur in einem einheitlichen Akt zur Existenz kommen könne. Auch mehrere Obligationen, deren Entstehungsgrund zeitlich auseinanderfällt, können zueinander im Verhältnis von Solidarobligationen stehen, sofern nur die beiden Faktoren: objektive und subjektive Zweckgemeinschaft vorhanden sind. In dem einheitlichen Entstehungsgrunde wird sich zwar die subjektive

[1]) Enneccerus-Kipp-Wolff, I, 1, S. 158; dagegen aber Windscheid, I, § 49, Nr. 1.

Zweckgemeinschaft am besten offenbaren, notwendig ist das aber nicht. Das folgt aus § 840 BGB. Wenn mehrere für denselben Schaden verantwortlich sind, so haften sie als Gesamtschuldner. Es ist also nicht erforderlich, daß es sich um Mittäter handelt. Auch wenn es sich um Täter und Begünstiger handelt, besteht eine Gesamtschuld; nach § 830 BGB. stehen Anstifter und Gehilfen Mittätern gleich. Daß auch vertraglich durch oder vielmehr trotz mehrerer Entstehungsgründe eine Gesamtschuld entsteht, müßte sich aus dem Prinzip ergeben; hier entsteht aber die Frage, ob auch durch abstrakten Vertrag eine Zweckgemeinschaft in subjektivem Sinne nachträglich begründet werden kann.

Hervorgehoben sei hierbei, daß nachträglich eine Zweckgemeinschaft im objektiven Sinne nur durch abstrakten Vertrag begründet werden kann. Das beruht auf folgender Erwägung: Eine jede Obligation verfolgt einen Zweck, wie bereits oben erwähnt. Bei den Obligationen aus Vertrag hat dieser Zweck ein dualistisches Gepräge: Er ist wirtschaftlicher und rechtlicher Art. Bei den Obligationen ex lege ist der Zweck „monistisch“: ob man ihn „tatsächlich“ oder „rechtlich“ fixiert, bleibt sich gleich. Soweit bei den Obligationen aus Vertrag der Zweck „wirtschaftlich“ ist, ist er juristisch irrelevant, weil er nur ein anderes Wort für Motiv ist. Das Motiv bleibt in der Regel unbeachtet[1]). Allein beachtenswert ist der juristische Zweck, worunter der Zweck zu verstehen ist, den ein jedes Rechtsgeschäft insofern verfolgt, als es auf die Erreichung eines

[1]) Das Motiv findet nur ausnahmsweise Berücksichtigung. Abgesehen vom Fall der arglistigen Täuschung wird das Motiv nur berücksichtigt im Erbrecht: Eine letztwillige Verfügung kann nur angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde, § 2078.

Rechtserfolges gerichtet ist; man unterscheidet so die causa credendi, die causa solvendi und die causa debendi[1]). Je nachdem, ob die causa mit dem Geschäft in ursächlichem unlösbaren Zusammenhang steht oder nicht, unterscheidet man kausale und abstrakte Geschäfte. Auch die abstrakten Geschäfte haben ihre causa, bloß daß ein Mangel der causa im Interesse des Verkehrs bei abstrakten Geschäften die Gültigkeit des Geschäfts nicht berührt[2]). In der Frage, ob und wann mehrere Obligationen aus Vertrag auf den nämlichen „Zweck" hinstreben können, stehen kausale und abstrakte Obligationen einander an sich völlig gleich, aber die causa bei Vertragsobligationen beruht immer auf Parteivereinbarung. Daher kann eine gemeinschaftliche causa in objektivem Sinne nur dann bestehen, wenn sie auch in subjektivem Sinne vorhanden ist. Echte Solidarität mehrerer Vertragsobligationen bedarf daher der Regel nach eines gemeinsamen Begründungsaktes.

Nicht der Gegensatz zwischen „abstrakt" und „kausal", sondern der Gegensatz von Grundgeschäft und Hilfsgeschäft[3]) ist für die Frage von Wichtigkeit, ob auch nachträglich, d. h. ohne subjektive Zweckgemeinschaft eine solche im objektiven Sinne bestehen kann. Es gibt Geschäfte, die ihrer Art nach nur der Sicherung und völligen Durchführung anderer Geschäfte der Grundgeschäfte dienen. Diese Hilfsgeschäfte haben also ihrer Natur nach die Richtung auf die causa einer anderen

[1]) Vgl. Klingmüller in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 58, S. 155. „Kausa und Schuldversprechen" — die Kausa ist immer ein rechtlicher Zweck, im Gegensatze zum tatsächlichen Zweck, d. h. es handelt sich um eine nach den Grundsätzen der betr. Rechtsordnung als direkte Rechtsfolge der Leistung mögliche Wirkung.

[2]) Ob § 138 auch auf die abstrakten Geschäfte Anwendung findet, oder ob bei abstrakten Geschäften nur der Weg über § 817 offensteht, ist eine Streitfrage. Meines Erachtens ist letzteres der Fall.

[3]) Vgl. Stampe, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 55, S. 397 ff.

Obligation: sie sind also ihrer Natur nach auf objektive Zweckgemeinschaft abgestellt. Diese hängt daher nicht ab von mit dem Grundgeschäft gemeinsamem Begründungsakt. Die Hilfsgeschäfte sind meistens abstrakt[1]). Es gibt aber auch Hilfsgeschäfte, die kausal sind, so z. B. die Bürgschaft. Wegen ihrer Akzessorietät kommt die Bürgschaft nicht in Betracht für Solidarität. Es bleiben nur übrig die abstrakten Geschäfte, und so ergibt sich der Satz: Nachträgliche Zweckgemeinschaft kann nur begründet werden durch abstrakten Vertrag.

Die Bürgschaft erzeugt keine Solidarität, weder echte noch unechte. Anderer Meinung ist Crome[2]), der die Hauptverpflichtung des Hauptschuldners und die Bürgenverpflichtung, sobald sich beide decken, ausdrücklich als Beispiel für Gesamtschuldverhältnisse anführt. Crome begründet eine Sonderbehandlung der Bürgschaft mit der Akzessorietät um der wirtschaftlichen Bedeutung der Bürgschaft willen. Hiergegen sei bemerkt, daß wirtschaftliche Momente nicht zu einer begrifflichen Sonderbehandlung zwingen, daß ferner gerade die Akzessorietät der Faktor ist, der die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses verbietet. Der Bürge haftet für die Erfüllung der Verbindlichkeit seitens des Hauptschuldners. Es besteht nach wie vor nur eine einzige Obligation, die des Hauptschuldners, jedoch haften für die Verpflichtung des Hauptschuldners zwei Personen, der Hauptschuldner selbst und der Bürge. Die Verpflichtung des Bürgen dem Gläubiger gegenüber ist abhängig von der des Hauptschuldners, sie ist unfähig, ihre eigenen rechtlichen Schicksale zu haben. Die Bürgenverpflichtung ist keine selbständige Verpflichtung, sie ist nur

---

[1]) Stampe geht meines Erachtens zu weit, wenn er den Begriff des abstrakten Geschäfts allgemein durch den des Hilfsgeschäfts ersetzen will.

[2]) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 377.

ein Akzessorium der Hauptverbindlichkeit des Hauptschuldners, und daraus resultiert die Unmöglichkeit, die Bürgschaft und die Hauptverbindlichkeit als Solidaritätsfälle aufzufassen, da doch Voraussetzung jeder Solidarität zum mindesten mehrere selbständige Obligationen sind.

Ausgegangen ist hierbei von dem Satze, daß zwischen Schuld und Haftung ein begrifflicher Unterschied besteht. Für das deutsche Recht ist dieser Unterschied nachgewiesen von v. Amira [1]). Ob auch im heutigen Recht ein Unterschied zwischen Schuld und Haftung besteht, ist bestritten worden, so z. B. von Dernburg und Enneccerus [2]). Meines Erachtens ist jedoch einer gegenteiligen Ansicht beizupflichten.

Es ist zwar richtig, daß das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich den Unterschied zwischen Schuld und Haftung nicht anerkennt; wer schuldet, der haftet auch.

Trotzdem ist der begriffliche Unterschied zwischen Schuld und Haftung festzuhalten. Es kann nicht heißen: lege non distinguente nostrum non est distinguere. Wenn es das richtige Verständnis des Gesetzes erfordert, ist das distinguere wohl am Platze. Wir haben aber im heutigen Recht im Falle der Naturalobligation vielleicht doch ein Beispiel von Schuld ohne Haftung [3]).

---

[1]) Vgl. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, 1895, S. 65. „Die Obligation oder Haftung ist Garantie für eine Schuld.“ Damit ist der einzige Zusammenhang von Obligation im eigentlichen Sinne und Schuld gegeben, ebenso aber auch schon die Verschiedenheit der beiden Begriffe.

[2]) Dernburg, Bd. II, § 1 und Enneccerus, § 226.

[3]) Vgl. BGB. 223; 762—64; 656, 1000, 2020, 814 und KO. § 193. Kohler, Substanzrecht und Wertrecht, Arch. f. d. ziv. Praxis, leugnet den Unterschied zwischen Schuld und Haftung, wobei er die Haftung durch den sozialen Zwang, das rechtliche Soll zur Geltung zu bringen, ersetzt und eine Parallele mit der Ethik zieht; diese Auffassung ist abzulehnen, weil Ethik und Zwang einander widersprechen. Kuhlenbeck (Staudinger) zu § 420 erkennt den Unterschied zwischen Schuld und Haftung an.

Dagegen kann wohl durch Schuldmitübernahme eine Zweckgemeinschaft im Sinne eines echten Solidarverhältnisses erzeugt werden. Durch die Schuldmitübernahme übernimmt der neue Schuldner nicht wie bei der Bürgschaft nur die Haftung, sondern es entsteht zwischen Schuldmitübernehmer und Gläubiger eine völlig neue Obligation, die auf denselben Zweck gerichtet ist, wie die Hauptobligation, und ihre eigenen selbständigen Rechtsschicksale haben kann. Besteht demnach zwischen Schuldmitübernahme und Erstschuldner ein Solidaritätsverhältnis, so besteht noch die Frage, ob echte oder unechte Solidarität vorhanden ist. Daß man zwischen den beiden Schuldnern eine subjektive Zweckgemeinschaft annehmen kann, erleidet durch die abstrakte Natur der Schuldmitübernahme eine gewisse Schwierigkeit[1]).

Der Gedanke liegt aber nahe, daß eine subjektive Zweckgemeinschaft durch abstrakten Vertrag nicht begründet werden kann, weil der abstrakte Vertrag seine causa nicht in sich aufnimmt. Das Reichsgericht hat sich eine Zeitlang auf den

---

[1]) Allerdings ist die abstrakte Natur der Schuldmitübernahme vielfach bestritten. Enneccerus führt als Gegenargument an, daß keine abstrakte, sondern eine mit ihrem Schuldgrunde verbundene Schuld, z. B. eine Kauf- oder Darlehnsschuld, übernommen wird. Auch das Reichsgericht hat sich auf einen die abstrakte Natur der Schuldmitübernahme ablehnenden Standpunkt gestellt. Vgl. RGE., Bd. 59, S. 233. Es ist aber nicht einzusehen, warum das Gesetz die privative Schuldübernahme abstrakt gestaltet hat, wenn man nicht auch dasselbe für die kumulative Schuldübernahme annehmen soll. Warum soll der privative Schuldübernehmer dem Gläubiger keine Einreden aus dem zwischen ihm und dem ursprünglichen Schuldner vorliegenden Rechtsverhältnis herleiten dürfen, während derartige Einreden bei der kumulativen Schuldübernahme gestattet sein sollen? Die abstrakte Gestaltung der privativen Schuldübernahme ist im ausdrücklichen Interesse des Gläubigers erfolgt, und das Gläubigerinteresse verlangt auch die abstrakte Gestaltung der kumulativen Schuldübernahme. Damit darf man aber nicht auf die Notwendigkeit eines Formerfordernisses schließen. Dieses ist ebensowenig vonnöten, wie für die privative Schuldübernahme.

Standpunkt gestellt, daß im Falle eines abstrakten Schuldverhältnisses jede Gemeinschaft des materiellen Schuldgrundes fehle[1]). Aber dagegen kann mit Recht geltend gemacht werden, daß die abstrakte Natur eines Schuldbeitritts keineswegs dafür maßgebend ist. Wie aus dem Seite 15 ff. Gesagtem folgt, wirkt nämlich bei abstrakten Obligationen die Kausa nur nach außen nicht. Für das Verhältnis unter den Schuldnern muß auch die in den Vertrag mit dem Gläubiger nicht aufgenommene causa in Betracht gezogen werden. Dieser Erkenntnis hat das Reichsgericht sich neuerdings nicht mehr verschlossen[2]). Wenn demnach auch zugegeben werden muß, daß die abstrakte Natur des Schuldbeitritts der echten Solidarität nicht feindlich ist, so erwächst doch aus einem anderen Grunde eine Schwierigkeit: der Schuldbeitritt ist auch gegen den Willen des Urschuldners möglich; erscheint in diesem Falle nicht mit Recht die Annahme einer subjektiven Zweckgemeinschaft unmöglich? Die Beantwortung der Frage: Liegt bei einem Schuldbeitritt echte oder unechte Solidarität vor? scheint also a priori nicht möglich zu sein; darüber scheint also der einzelne konkrete Fall zu entscheiden. Meines Erachtens ist dies aber mitnichten der Fall: der Schuldbeitritt erzeugt stets echte Solidarität, und zwar aus folgendem Grunde: Unser Gesetz, das ausdrücklich nur die privative Schuldübernahme kennt, hat den kumulativen Schuldbeitritt versteckt nur in einem Falle zum Ausdruck gebracht und dort stets eine echte Gesamtschuld angenommen: nämlich im Falle der Mitbürgschaft. Das Verhältnis zweier Mitbürgen zueinander ist ebenso wie das Verhältnis des Urschuldners zum kumulativen Schuldübernehmer.

[1]) Vgl. RGE., Bd. 61, S. 60; Bd. 67, S. 128.

[2]) Vgl. RGE., Bd. 70, S. 140.

Das Gesetz behandelt mehrere Mitbürgen, auch wenn sie sich in verschiedenen Verträgen dem Gläubiger gegenüber verpflichtet haben, stets als Gesamtschuldner: darauf, ob die mehreren Mitbürgen bewußt vereint sind, oder ob ihnen jeder Gedanke an eine Zweckgemeinschaft fehlt, wenn z. B. ihnen überhaupt die Kenntnis von der Existenz der Mitbürgschaft abgeht, kommt es gar nicht an[1]). Sie haften stets als Gesamtschuldner. Man dürfte nicht fehlgehen, wenn man den Urschuldner und den kumulativen Schuldübernehmer nach Analogie der mehreren Mitbürgen stets als Gesamtschuldner betrachtet. Ob man für die Schuldmitübernahme die Analogie der Bürgschaft heranziehen kann, ist wegen des akzessorischen Charakters der Bürgschaft zweifelhaft[2]); meines Erachtens läßt sich aber

---

[1]) Wenn das Gesetz bei mehreren Mitbürgen eine subjektive Zweckgemeinschaft präsumiert, so geschieht dies aus der Erwägung heraus, daß die Rechtsposition mehrerer Mitbürgen stets so geschaffen ist, daß wir eine subjektive Zweckgemeinschaft auch dann annehmen müssen, wenn den mehreren Mitbürgen überhaupt die Kenntnis von der Existenz einer Mitbürgschaft fehlt. Denn die mehreren Mitbürgen verknüpft stets ein subjektives Band: Die Bürgschaft dient sowohl dem Gläubigerinteresse als auch dem Schuldnerinteresse. Der Bürge will dem Schuldner eine Krediterleichterung verschaffen: mehrere Mitbürgen vereinigen sich daher stets durch ihre gemeinsame causa. Diese ist der Brennpunkt der Mitbürgschaft. Daher dürfte es auch im täglichen Leben geradezu ausgeschlossen sein, daß ein Bürge seine Bürgschaft ablehnt, wenn er Kenntnis von dem Bestehen einer Mitbürgschaft erhält. Das Gesetz hat diesen Gedanken mit Recht für so mächtig gehalten, daß es eine praesumtio iuris et de iure dafür aufstellt, daß bei mehreren Mitbürgen die als Voraussetzung für ein Gesamtschuldverhältnis zu betrachtende subjektive Zweckgemeinschaft stets vorhanden ist. Wenn das Gesetz auch im Falle der Doppelversicherung bestimmt, daß die mehreren Versicherer als Gesamtschuldner haften, so ist der Grund zu dieser exzeptionellen Bestimmung nur darin zu finden, daß die mehreren Versicherer als Gesamtschuldner eine bessere Position erlangen, mit Hinsicht auf den Regreßanspruch, der ihnen, wenn sie unechte Solidarschuldner wären, fehlen dürfte. (Vgl. hierüber das über den Regreßanspruch weiter unten Gesagte.)

[2]) Die Formvorschrift des § 766 ist meines Erachtens jedoch ohne weiteres auf die Schuldmitübernahme auszudehnen, weil, wie das Reichs-

die Analogie der Mitbürgschaft heranziehen, weil hier die Akzessorietät entfällt. Zu demselben Resultat kommt auch z. B. Crome, allerdings meines Erachtens ohne ausreichende Begründung. Ebenso wird auch anzunehmen sein, daß durch abstraktes Schuldversprechen eines Dritten dem Gläubiger gegenüber ein Gesamtschuldverhältnis des Schuldners und des Dritten entsteht; denn daß die abstrakte Natur des Versprechens ein Gesamtschuldverhältnis nicht ausschließt, gilt hier ebenso wie beim Schuldbeitritt. Im Falle der Doppelversicherung, das heißt, wenn derselbe Schaden mehrfach versichert wurde, ist durch positive Bestimmungen des Gesetzes ein Gesamtschuldverhältnis der mehreren Versicherer vorhanden. Unechte Solidarität dürfte vorliegen, wenn z. B. mehreren in verschiedenen Aufträgen, Dienstverträgen und Werkverträgen eine und dieselbe Leistung aufgetragen ist; ferner, wenn der eine Schuldner aus Delikt, der andere durch Vertrag, z. B. Versicherung, Miete, Leihe, einer übernommenen Aufbewahrung usw. usw. zum Ersatz desselben Schadens verpflichtet ist, oder wenn mehrere aus verschiedenen Gründen einem anderen Unterhalt zu leisten haben, sofern das Gesetz nicht eine Reihenfolge der Verpflichtungen aufstellt, in welch letzterem Falle die Unterhaltspflicht der einzelnen der Reihe nach subsidiär ist. Andererseits ist die Haftung des Vermögensübernehmers nach § 419 BGB. und des Erbschaftskäufers § 2382 für den Schuldner des übernommenen Vermögens neben dem Urschuldner und Veräußerer nicht unter die unechte Solidarität zu zählen. Anderer Meinung ist Crome und Enneccerus. Meines Erachtens handelt es sich um nichts anderes als um

---

gericht gelegentlich ausführt, „dieselben legislativen Erwägungen", die zu § 766 geführt haben, auch für die Mitbürgschaft zutreffen. Vgl. RGE., Bd. 51, S. 122. (Urteil vom 20. März 1902, VI. Zivilsenat.)

eine Schuldmitübernahme, und aus denselben Gründen, aus denen man, wie oben näher dargelegt, bei der Schuldmitübernahme echte Solidarität anzunehmen hat, ist auch in den Fällen der §§ 419 und 2382 echte Solidarität zu konstruieren.

Es ist bereits oben erwähnt, daß das Gesetz im § 774 BGB., Abs. 2 mehrere Mitbürgen stets als Gesamtschuldner haften läßt. Auch im Falle der Gesamthypothek liegt eine echte, wenn auch grundsätzlich regreßlose Gesamtschuld vor (§ 1132 in Verbindung mit § 1181). Dagegen dürfte im Falle eines Gesamtpfandes eine ohne jede Regreßbeschränkung eingeengte Gesamtschuld vorliegen. Denn der innere Grund dafür, daß das Gesetz bei der Gesamthypothek „den Regreß an sich" ablehnt, liegt darin, daß das Gesetz keinen Grund hat, dem Institut der Gesamthypothek entgegenzukommen, die dem Realkredit nichts weniger als förderlich ist. Das Schweizer Ziv. Gb. Art. 798 z. B. hat aus diesem Gesichtspunkte heraus ein Korrealpfand nur zugelassen, wenn die Grundstücke demselben Eigentümer gehören oder im Eigentum solidarisch verpflichteter Schuldner stehen[1]). Auch wenn für eine Schuld sowohl eine Bürgschaft, wie eine dingliche Sicherheit bestellt ist, ist eine echte Gesamtschuld anzunehmen nach Analogie von § 774, Abs. 2. Wie sich der Eintritt des leistenden Bürgen bzw. des leistenden Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers vollzieht, kann an dieser Stelle nicht klargestellt werden, weil es den Rahmen der Arbeit überschreiten würde.

Andererseits braucht, wenn mehrere für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden verantwortlich sind, keineswegs immer ein Gesamtschuldverhältnis vorzuliegen.

---

[1]) Vgl. Martin Wolff, S. 511 in Enneccerus-Kipp-Wolff.

Meines Erachtens ist § 840, Abs. 1 BGB. nur im Zusammenhange mit § 830 zu verstehen und umfaßt nur diejenigen Fälle, in denen zwischen den mehreren Deliktsschuldnern eine subjektive Zweckgemeinschaft als vorhanden zu betrachten ist, wie dies z. B. der Fall ist bei mehreren Mittätern, von denen jeder für die durch die gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung entstandenen Schaden verantwortlich ist. Wenn aber mehrere ganz ohne inneren Zusammenhang nebeneinander haften, z. B. wenn eine quasideliktische Haftung mehrerer oder teils Kulpahaftung, teils quasideliktische Haftung vorliegt, dann kann kein Anlaß bestehen, die mehreren Deliktsschuldner als echte Gesamtschuldner aufzufassen. Der Einwand, daß dann die im § 420 BGB. konstatierte subsidiäre Teilhaftung anzunehmen wäre, ist deswegen hinfällig, weil Teilhaftung Vergünstigung bedeutet, die einem Deliktsschuldner nicht zuzubilligen ist und daher unmöglich im Sinne des Gesetzes liegen kann. Anzunehmen ist demnach auch im Falle mehrerer Deliktsschuldner unechte Solidarität, insoweit als den mehreren Deliktsschuldnern die subjektive „Zweckgemeinschaft" fehlt. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch mehrere Deliktsschuldner nicht stets und à tout prix als Gesamtschuldner betrachtet wissen will, folgt aus § 835, der bestimmt, daß die Eigentümer der Grundstücke eines Jagdbezirkes zum Zwecke der gemeinschaftlichen Ausübung des Jagdrechtes im Falle der Entstehung von Wildschaden nicht als Gesamtschuldner, sondern nach dem Verhältnis der Größe ihrer Grundstücke ersatzpflichtig sind.

Teil II.

Es soll jetzt im einzelnen untersucht werden, ob die Vorschriften der §§ 421 ff. unbedingt auf die unechte Solidarität Anwendung finden können.

Da das Bürgerliche Gesetzbuch von unechten Solidarobligationen überhaupt nicht spricht, müssen die Regeln, die über die echte Solidarität vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellt sind, daraufhin untersucht werden, ob ihre analoge Anwendung bei unechten Solidarobligationen möglich ist.

a) Erlaß in rem auch bei unechter Solidarität möglich.

Bei einem Gesamtschuldverhältnis, also echter Solidarität, kann Erlaß des Gläubigers in zweifacher Weise möglich sein: Der Erlaß kann entweder in personam oder in rem gelten. Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt nur dann für alle Gesamtschuldner, wenn dies Gläubiger und Schuldner bei Abschluß des Erlaßvertrages ausdrücklich gewollt haben. Also mangels besonderer Parteivereinbarung wirkt der Erlaß nur zwischen den Parteien, er hat keine gesamtzerstörliche Wirkung. Wenn diese in personam geltende Vereinbarung bei echten Gesamtschuldverhältnissen möglich ist, wo doch ein enges Band die einzelnen Solidarschuldner umschlingt, muß der Erlaß in personam erst recht bei unechten Solidaritätsfällen gelten, wo von einem die einzelnen Schuldner umschlingenden persönlichen Bande nicht

geredet werden kann, weil ja mitunter der einzelne Solidarschuldner gar kein Wissen von der Existenz der übrigen Verpflichtungen hat.

Dagegen ist näher zu prüfen, ob auch bei unechter Solidarität Erlaß in rem, das heißt Erlaß mit gesamtzerstörlicher Wirkung, möglich ist. Der Erlaß in rem im Sinne von § 423 BGB. kann auf zweierlei Art erklärt werden.

1. Der den Erlaßvertrag mit dem Gläubiger abschließende Gesamtschuldner ist Vertreter der anderen Solidarschuldner.

2. Es handelt sich um einen Vertrag zugunsten Dritter.

Die letztere Auffassung kann damit begründet werden: Es ist möglich, sich eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung versprechen zu lassen, daß für den Dritten selbst ein Forderungsrecht erworben wird. Wenn nun für den Dritten ein Forderungsrecht erworben werden kann, so ist es auch möglich, einen Vertrag mit der Wirkung schließen zu können, daß der Dritte Befreiung von einer Verbindlichkeit erlangt. Das wäre an sich als ein Minus gegenüber dem normalen Fall eines Vertrages zugunsten Dritter möglich, widerstrebt auch nicht der Tendenz des Gesetzes, weil ein Schuldner auch gegen seinen Willen von einer Verbindlichkeit befreit werden kann, während auch nach einem Vertrage zugunsten Dritter es ebenso möglich ist, daß der Dritte selbst gegen seinen Willen den rechtlichen Vorteil erlangt, er mag wollen oder nicht. Ob der Dritte von dem für ihn erworbenen Forderungsrecht Gebrauch macht oder nicht, ist gleichgültig; die Gültigkeit des Vertrages zu seinen Gunsten wird dadurch nicht berührt. Dieses den Willen des Dritten völlig ignorierende Moment bei einem Vertrage zugunsten Dritter ist auch nicht hinderlich, bei der Konstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter mit der Modifikation, daß der Dritte nicht ein Forderungsrecht,

sondern das Gegenteil, Befreiung von einer Verpflichtung erlangt. Daß jemand auch gegen seinen Willen von einer Verbindlichkeit befreit werden kann, folgt aus § 267 und § 268 BGB. Selbst ohne Auftrag des Schuldners kann ja jedermann für ihn leisten. Der Gläubiger kommt dem Schuldner gegenüber in Annahmeverzug, wenn er die von dem Dritten ihm angebotene Leistung zurückweist. Wenn der Schuldner der Leistung des Dritten widerspricht, kann zwar der Gläubiger die Annahme verweigern, ohne dies aber zu müssen. Auf den Willen des Schuldners nimmt das Gesetz also so wenig Rücksicht, daß man ohne weiteres die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter mit dem Minus, daß der Schuldner von einer Verbindlichkeit befreit wird, wird annehmen müssen. Ich leite aus § 775 BGB. her, daß das Gesetz direkt die Möglichkeit anerkennt, daß durch das Eingreifen eines Dritten der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit werden kann. § 775 statuiert, daß unter gewissen Voraussetzungen der Bürge vom Schuldner verlangen kann, daß er von seiner Bürgenverpflichtung befreit wird. Man kann allerdings diese Bestimmung so auffassen, daß der Bürge einen Anspruch gegen den Schuldner hat, daß dieser seine Verbindlichkeit erfüllt, damit auch der Bürge von seiner Haftung befreit wird; widrigenfalls kann der Bürge Sicherheitsleistung verlangen. Ich bin der Meinung, daß der Bürge gegen den Urschuldner einen Anspruch darauf hat, daß dieser zu seinen Gunsten einen Vertrag in favorem tertii abschließt, auf Grund dessen der Bürge von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Für diese Auffassung spricht der Wortlaut des § 775. Es liegt allerdings in der Natur der Sache, daß es dem Schuldner oft nicht möglich sein wird, die zu dem Vertrage mit dem Gläubiger notwendige Zustimmung des letzteren zu erhalten,

namentlich, wenn der Schuldner nicht willens oder objektiv nicht in der Lage ist, dem Gläubiger ein Äquivalent für den ausscheidenden Bürgen zu bieten. Freilich besteht für den Gläubiger keine Verpflichtung, das Äquivalent anzunehmen.

Daraus folgt, daß § 775 praktisch nur von geringem Werte ist. Dann dürften eben nur die Bestimmungen über die nachfolgende schuldhafte, beziehungsweise schuldlose Unmöglichkeit der Leistung eintreten. Ein Verschulden des Schuldners dürfte darin gesehen werden, daß er es wider Treu und Glauben unterläßt, dem Gläubiger ein Äquivalent zu bieten, obwohl er dazu die Möglichkeit hat. Vergleiche Staudinger zu § 775 BGB., und vergleiche Crome, Seite 886.

Oehren (Diss.) glaubt, gegen die Konstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter mit der Maßgabe, daß der Dritte Befreiung von einer Verbindlichkeit erlangt, anführen zu können, daß das Gesetz die Tendenz hat, bei der Befreiung von einer Verbindlichkeit einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner vorauszusetzen; woraus Oehren diese Tendenz ableitet, ist nicht einleuchtend. § 397 BGB. lautet zwar: Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt. Meines Erachtens ist aber § 397 BGB. nur als Gegenstück zu § 305 BGB. aufzufassen: Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft, sowie durch Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich. Das in § 267 in Verbindung mit § 328 zutage tretende Prinzip, daß die Leistung durch Dritte bewirkt werden kann, wird aber keineswegs durch § 397 BGB. außer Kraft gesetzt. Demnach ist es wohl möglich, § 421 analog auf die unechte Solidarität anzuwenden.

Erklärt man jedoch § 421 aus dem Gesichtspunkte, daß der den Erlaß in rem abschließende Solidarschuldner Vertreter der übrigen Gesamtschuldner ist, so ändert sich das Bild. Die Auffassung, daß der einzelne Gesamtschuldner Vertreter der anderen ist, ist naheliegend. „Stellvertreter ist, wer eine Willenserklärung, deren Wirkung einen anderen treffen soll, für diesen abgibt oder empfängt.“ Die aktive Stellvertretung setzt also voraus, daß der Vertreter das Geschäft selbst durch seinen eigenen Willen abschließt, aber im Namen eines anderen, § 164 BGB., Enneccerus-Kipp-Wolff, I, 1, S. 422 im Text. Damit dürfte nicht im Widerspruche stehen, daß der einzelne, den Erlaß abschließende Solidarschuldner vornehmlich im eigenen Interesse handelt, weil bei Erlaß in rem das aus § 426 BGB. folgende Regreßrecht der übrigen untergeht. Warum soll aber ein Stellvertreter nicht auch in seinem eigenen Interesse handeln können? Es kommt nicht darauf so sehr an, daß der Stellvertreter nur im fremden Interesse, als daß er auch in fremdem Interesse handelt. Wenn man den Erlaß in rem unter dem Gesichtspunkte der Stellvertretung betrachtet, liegen in einem Akt zwei begrifflich verschiedene Vorgänge; der einzelne Solidarschuldner schließt den Erlaß in rem ab:

1. als eigenes Geschäft, und
2. als Vertreter der übrigen Solidarschuldner.

Die Auffassung, daß der einzelne Solidarschuldner Vertreter der übrigen ist, läßt sich damit verteidigen, daß es im Wesen der Gesamtschuld liegt, wenn das Gesetz eine praesumtio iuris et de iure dafür aufstellt, daß der einzelne Gesamtschuldner als Vertreter der übrigen anzusehen ist. Aus dem Wesen der Gesamtschuld als einer sowohl objektiven wie subjektiven Zweckgemeinschaft folgt, daß eine Vermutung dafür

spricht, daß die einzelnen Gesamtschuldner sich gegenseitig zu allen Rechtshandlungen hinsichtlich der Gesamtschuld bevollmächtigen. Man muß auch aus dieser Auffassung die Konsequenz ziehen, daß es möglich ist, daß der Gesamtschuldner A für seinen Mitgesamtschuldner B durch Vertrag mit dem Gläubiger C einen persönlich wirkenden Erlaß für B erwirkt. Dieser Auffassung steht nichts im Wege, da ein derartiger Vertrag auch als Vertrag zugunsten Dritter in dem oben näher ausgeführten Sinne denkbar wäre. Daß für eine allgemeine Bevollmächtigung, wie gesagt, eine praesumtio iuris et de iure spricht, folgt auch daraus, daß die Erfüllung stets gesamtzerstörlich wirkt. Weil der Gläubiger die Leistung nur einmal zu bekommen hat, wirkt die Erfüllung eines einzelnen gesamtzerstörlich; im Verhältnis zueinander kann aber der erfüllende Schuldner als Stellvertreter der übrigen gelten. Ist demnach die Auffassung, daß der in rem wirkende Erlaß ein Ausfluß der im Wesen der echten Solidarität liegenden Stellvertreterstellung der einzelnen Solidarschuldner ist, wohl zu begründen, so kann man aber unter diesem Gesichtspunkte einen Erlaß in rem für unechte Solidarschuldner nicht begründen. Es widerstrebt dem Wesen der unechten Solidarobligationen, die einzelnen Solidarschuldner als gegenseitige Stellvertreter aufzufassen.

Hervorgehoben sei, daß Erlaß in rem auch bei unechter Solidarität möglich ist, sobald man die Möglichkeit eines Vertrages zugunsten Dritter in dem oben näher erläuterten schwächeren Sinne anerkennt.

b) Bei unechter Solidarität kann von Gesamtwirkung des Verzuges keine Rede sein.

Auch § 424, welcher bestimmt, daß der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch für die

übrigen Schuldner wirkt, kann auf unechte Solidaritätsfälle keine Anwendung finden, weil dieser Paragraph sich ausschließlich auf das Moment der subjektiven Zweckgemeinschaft stützt. Daraus, daß die Erfüllung für alle einzelnen Gesamtschuldner gesamtzerstörlich wirkt, folgt, daß auch das Angebot einer Leistung seitens eines Gesamtschuldners für alle übrigen gesamtzerstörlich wirkt. Denn der Gläubiger muß es bei Annahmeverzug selbst verantworten, wenn er die Leistung nicht erhält und die übrigen Solidarschuldner nicht freiwerden. Aus der oben näher ausgeführten Vertreterposition der einzelnen Gesamtschuldner ergibt sich, daß auch die Erklärung der Annahmebereitschaft selbst dann Gesamtwirkung hat, wenn sie gegenüber einem anderen der Schuldner erfolgt, als dem gegenüber, der den Gläubiger in Annahmeverzug gesetzt hat[1]). Bei unechter Solidarität kann von Gesamtwirkung des Verzuges keine Rede sein. Es erweist sich die mangelnde subjektive Zweckgemeinschaft auch hierin als Grundlage der verschiedenen Behandlung der unechten und echten Solidarschuldner[2]).

c) Die Wirkungen des Schuldnerverzuges.

Die Wirkungen des Schuldnerverzuges beschränken sich selbst bei echter Solidarität nur auf den Schuldner, für den er eintritt. Aber aus dem Wesen der Gesamtschuld als einer objektiven Zweckgemeinschaft folgt, daß die Wirkungen des Verzuges sich auf die Haftungserschwerung beschränken müssen. Das Recht, einem Gesamtschuldner gegenüber, die Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu ver-

---

[1]) Ebenso Rosenberg, Dogm. J. 43, S. 296 Vgl. auch Planck zu § 424 BGB.; Dernburg, § 182, Abs. 2, 8 und Enneccerus-Kipp-Wolff, I, 2, S. 246, nehmen nur eine persönliche Wirkung an.

[2]) Vgl. auch Oehren, Diss.

langen (§ 286 und § 320 BGB.), wird dem Gläubiger nicht zuerkannt werden dürfen. Denn dann würde eine mit dem Wesen der Gesamtschuld unvereinbare Spaltung hinsichtlich des Zweckes der Gesamtschuld eintreten: Dann würde auch der Wert einer Erklärung nach § 286 und § 320 BGB. sehr problematisch sein, weil doch die übrigen Schuldner nach wie vor den ursprünglichen Gegenstand schulden, und wenn einer von ihnen leistet, würde auch der im Verzuge befindliche Schuldner von seiner Hauptverpflichtung frei, so daß nur seine Nebenverpflichtungen aus dem Verzuge bestehen blieben. Der Grundgedanke des § 286 BGB. ist doch, daß der Gläubiger nur dann die Leistung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn er kein Interesse an der Leistung hat. Der Gläubiger mehrerer Gesamtschuldner kann aber auf Grund der Gesamtschuld sein Interesse an der Leistung infolge des Verhaltens eines einzigen Gesamtschuldners unmöglich verlieren, weil es den anderen Schuldnern unbenommen bleiben muß, den Gläubiger zu befriedigen und damit seinem Interesse zu genügen[1]). Nur wenn alle Gesamtschuldner im Verzuge sind, kann der Gläubiger allen gegenüber erklären, daß er auf die Leistung verzichte und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. Weswegen bestimmt auch § 350 BGB., daß ein Rücktrittsrecht nur von allen Gläubigern und gegen alle Schuldner ausgeübt werden darf, also erst dann, wenn der Verzug für und gegen alle herbeigeführt wird? Nur deswegen, weil § 356 BGB., auf Gesamtschuldverhältnisse angewandt, den gänzlichen Verlust des Gläubigerinteresses voraussetzt. Würde der Gläubiger nur einem Schuldner gegenüber zurücktreten, dem anderen gegen-

[1]) A. M. R. G. Bd. 65, S. 28 und Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, 2, S. 245.

über aber nicht, würde er selbst dokumentieren, daß er noch Interesse an der Leistung hat. Aus demselben Rechtsgedanken heraus kann man dem Gläubiger nicht das Recht zugestehen, einem im Verzug befindlichen Gesamtschuldner den Verzicht auf die Leistung zu erklären und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Wenn § 425 den Verzug ausdrücklich unter den persönlich wirkenden Tatsachen aufführt, so hat das nur die Bedeutung, daß nicht alle Gesamtschuldner in Verzug geraten sollen, wenn einer im Verzuge ist. Aus demselben Grunde wird man auch bei unechter Solidarität dem Gläubiger nicht das Recht geben, bei Verzug eines einzelnen Schuldners die Leistung zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Verzug eines Gesamtschuldners kann nur Haftungsschärfung zur Folge haben.

d) Die Wirkung der Erfüllung seitens eines unechten Solidarschuldners.

Wir kommen nun zu der Frage, ob die Bestimmung des § 422 BGB., daß Erfüllung durch einen Gesamtschuldner auch auf die übrigen Schuldner wirke, sich auch auf die Fälle der unechten Solidarität ausdehnen läßt. Um den tieferen Sinn des § 422 BGB. zu erfassen, und um die Frage nach seiner analogen Anwendung zu beantworten, ist es unumgänglich, auf das Wesen der Erfüllung näher einzugehen. Die Kernfrage lautet: Ist die Erfüllung etwas rein Tatsächliches, das heißt Erledigung der Obligation durch Zweckerreichung, oder ist die Erfüllung ein Rechtsgeschäft? Man wird sich dieser letzteren Alternative anschließen müssen. Zu jeder Erfüllung ist ein Leistungsgeschäft erforderlich; der Schuldner muß die der Schuld entsprechende Leistung bewirken, die zwar sowohl rein tatsächlicher Natur sein kann wie

bei Dienst- und Werkleistungen, als auch mitunter durch ein Rechtsgeschäft, event. Vertrag repräsentiert wird. Das erfüllungshalber vorgenommene Leistungsgeschäft hat nichts an sich, was es bereits a priori zum Erfüllungsgeschäft stempelt; es kann seiner Natur nach zu allen anderen möglichen Zwecken vorgenommen werden, als gerade erfüllungshalber. Die Erfüllung verlangt daher auch eine Erklärung des Schuldners, daß er erfüllungshalber leistet, eine Erklärung, die nicht ausdrücklich zu erfolgen hat, sondern sich im täglichen Leben aus den Umständen wird entnehmen lassen müssen. Da die Erklärung des Schuldners diesem an sich nur Vorteil, nämlich Befreiung von einer Verbindlichkeit bringt, wäre zu ihr nur beschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich. Das ist aber praktisch bedeutungslos, weil das mit der Erklärung verbundene Leistungsgeschäft volle Geschäftsfähigkeit erfordert, da mit ihm meistens auch ein Nachteil, nämlich das Aufgeben eines Vermögensbestandteiles verbunden sein dürfte. Kann die Leistung nicht ohne eine Annahmeerklärung des Gläubigers bewirkt werden, so ist erforderlich, daß er sie zum Zwecke der Erfüllung annehme. Das folgt aus § 362, Abs. 2 BGB., welcher die Annahme einer „Erfüllung“ als Verfügung über die Forderung betrachtet[1]). Im Wege steht scheinbar § 366: Bei einer Mehrheit von gleichartigen Forderungen hat allerdings der Schuldner zu bestimmen, welche bezahlt werden sollen. Wenn nun der Gläubiger zwar die Leistung annimmt, aber ausdrücklich erklärt, sie als Erfüllung einer anderen Forderung zu betrachten, so ist nach Kretzschmar und Oertmann diese Erklärung bedeutungslos. Enneccerus sieht in einer derartigen Erklärung des Gläubigers eine

[1]) Kretzschmar, Die Erfüllung, und Oertmann, Kommentar zum **Bürgerlichen Gesetzbuch.**

protestatio facto contraria, mit welcher Berechtigung ist allerdings zweifelhaft. Meines Erachtens dürfte eine Erfüllung überhaupt nicht erfolgt sein. Diese Auffassung vertrat bereits für das gemeine Recht Windscheid[1]). Es dürfte aber feststehen, daß die Erfüllung ein Rechtsgeschäft ist event. Vertrag. Sie fällt, verbunden mit dem Leistungsgeschäft unter den Begriff des Enneccerusschen „Realgeschäfts“. Die Gesamtwirkung der Erfüllung durch einen Gesamtschuldner ist zwar zu erklären aus der oben erörterten Vertreterposition der einzelnen Gesamtschuldner, aber bei unechter Solidarität, wo doch der Gedanke an eine Vertreterposition versagen muß, könnte man also anscheinend keine Gesamtwirkung der Erfüllung annehmen. Und doch wird dies der Fall sein, man muß nur die allgemeine Beziehung zwischen Erfüllung und Zweckerreichung vor Augen sich führen. „Erfüllung“ ist begrifflich verschieden von der „Zweckerreichung“. Einer jeden Schuld entspricht individuelle Erfüllung. Daß mehrere Obligationen durch einen Erfüllungsakt untergehen, ist an sich eine begriffliche Unmöglichkeit. Und doch bestimmt etwas derartiges § 422 für Gesamtschulden; § 422 steht mit § 426, Abs. 2 nur in scheinbarem Widerspruch.

Wenn § 426, Abs. 2 lautet: Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über, so darf man diese Bestimmung nicht wörtlich auffassen. Denn man käme sonst zu dem merkwürdigen Dualismus: Teils wirkt die Erfüllung gesamtzerstörlich, teils nicht, soweit nämlich innerhalb der Schuldnergesamtheit eine Ausgleichungspflicht besteht. Dieses

---

1) Windscheid, § 363.

Resultat ist a priori unmöglich. Vielmehr wird man sagen müssen: durch die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner geht das Gesamtschuldverhältnis unter. Um jedoch die Höhe des Regreßanspruches festzustellen, gilt die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf den zahlenden Schuldner als übergegangen. Wir werden auf diesen Punkt weiter unten bei Besprechung des Regreßanspruches zurückkommen müssen. Wie ist aber § 422 demnach vereinbar mit dem Satze, daß einer jeden Schuld konkrete Erfüllung entspricht? Meines Erachtens muß die Antwort lauten: weil die Erfüllung Zweckerreichung herbeiführt. Die Erfüllung, ein Rechtsgeschäft, wirkt kausal ein auf etwas außerhalb der Erfüllung liegendes, auf die Zweckerreichung. Und diese ist auch als Erlöschungsgrund eines Gesamtschuldverhältnisses anzusehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt zwar ausdrücklich keinen derartigen Erlöschungsgrund an. Aber man kann das aus den vom Bürgerlichen Gesetzbuch erwähnten Erlöschungsgründen abstrahieren. Zweckerreichung ist der Brennpunkt, in dem sämtliche Erlöschungsgründe des Bürgerlichen Gesetzbuches zusammenstrahlen. „Erfüllung" ist das juristische Instrument, um die Zweckerreichung am evidentesten zu erreichen. Aber ähnlich liegt es bei Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß, Novation, Vereinigung von Forderung und Schuld, bei der Unmöglichkeit der Leistung unter bestimmten Voraussetzungen. Aus diesen Einzeltatbeständen des Erlöschens von Schuldverhältnissen läßt sich das Moment der Zweckerreichung abstrahieren. Bei der Aufrechnung wird der „Zweck" der Obligation auf andere Weise erreicht als durch Erfüllung. Hat der Schuldner eine Gegenforderung gegen den Gläubiger, so wäre der umständlichere Verlauf, daß der Schuldner erst den Gläubiger befriedigt, damit dieser, dann wahrscheinlich mit derselben Leistung des

Schuldners, seinerseits erfüllt. Daß dieser Gedanke auch im Gesetze ausgesprochen ist, geht aus dem Erfordernis der par species und dem prinzipiellen, allerdings durch Ausnahme durchbrochenen Erfordernis des „inter easdem personas" hervor. Der wirtschaftliche Zweck der aufzurechnenden Forderung geht darauf, daß der Gläubiger mit Hilfe der Erfüllung der aufzurechnenden Forderung die dem Schuldner zustehende aufrechenbare Forderung erfüllt. Um dieses umständliche Verfahren abzukürzen, schafft das Gesetz das Institut der Aufrechnung, welche demnach also nur als modifizierte Zweckerreichung aufzufassen ist.

Was liegt dem Erlaß auch anderes zugrunde als fingierte Zweckerledigung? Den Parteien muß es unbenommen bleiben, einen Vertrag zu schließen, auf Grund dessen die Parteien es so ansehen wollen, als ob der wirtschaftliche Zweck vollständig erreicht worden wäre.

Bei der Novation kommt nur noch ein Plus hinzu; die Parteien wollen den wirtschaftlichen Zweck der Obligation deswegen als erreicht ansehen, weil sie eine neue Obligation gründen, die an Stelle der alten treten soll. Umgekehrt erlischt eine Obligation bei Vereinigung von Forderung und Schuld deswegen, weil, wenn jemand sein eigener Schuldner sein könnte, er doch die Möglichkeit hätte, den durch die Obligation angestrebten wirtschaftlichen Zweck nach Belieben zu bewirken. Diese Möglichkeit ist nach außen hin der Zweckerreichung gleichzustellen. Denn die Negotiabilität ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck; sie dient nur der Erleichterung der Eintreibung der Forderung.

Bei Unmöglichkeit der Leistung erlischt unter bestimmten Voraussetzungen die Obligation, weil die Zweckerreichung unmöglich geworden ist, es sei denn, daß im Falle von Verschulden der Leistungsinhalt eine Änderung erfährt.

In letzter Linie spielt also stets der Faktor: Zweckerreichung die Hauptrolle, wenn eine Obligation ihr Ende findet. Das Moment der Zweckerreichung liegt auch im Grunde genommen dem § 422 BGB. zugrunde, wenn auch hier nur entsprechend der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs von „Erfüllung" gesprochen wird. Die Erfüllung einer Obligation allein kann z. B. mehrere Obligationen nie zum Erlöschen bringen, nur weil die Erfüllung der einen Obligation Zweckerreichung aller übrigen bedeutet, erlischt nach § 422 BGB. das Gesamtschuldverhältnis. Bei dieser Konstruktion kann man den § 422 BGB. auch auf die Fälle der unechten Solidarität ausdehnen.

e) Der Regreßanspruch bei unechter Solidarität.

Wir kommen nun zu der Frage des Regreßanspruches bei echter und unechter Solidarität. Der Regreß bei echter Solidarität basiert auf der subjektiven Zweckgemeinschaft der einzelnen Gesamtschuldner. Daß infolge der Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesamtschuldner alle übrigen von ihrer Verbindlichkeit befreit werden, würde unbillig erscheinen, wenn das Gesetz dem zahlenden Gesamtschuldner nicht einen Regreßanspruch gäbe. Denn die einzelnen Gesamtschuldner bilden cum grano salis eine Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB. Der Zweck jenes Zusammenschlusses besteht in der Befriedigung des Gläubigers. Es erschiene unbillig, wenn einer allein nur Nachteil, die andern aber nur Vorteil aus dem Gesamtschuldverhältnis hätten[1]. Man ist versucht, die Vorschrift des § 422 als einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag

[1] Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Auffassung von der Unmöglichkeit einer Societas leonina analog auf Gesamtschuldverhältnisse angewandt werde. Eine Societas leonina ist wohl möglich, wenn auch das Gegenteil vielfach behauptet wird.

zu konstruieren. Das scheitert meines Erachtens zwar nicht daran, daß der leistende Gesamtschuldner in erster Linie sein eigenes Interesse wahrnimmt, aber die generelle Vertreterposition der einzelnen Gesamtschuldner ist dieser Betrachtung hinderlich; meines Erachtens findet der Regreßanspruch aus § 422 BGB. ein Analogon im Gesellschaftsrecht. Er ist, ebenso wie der Anspruch aus § 714 BGB., weiter nichts, als ein Verwendungsanspruch. Daß man bei wörtlicher Auffassung des § 426 bald ad absurdum geführt wird, lehrt die Betrachtung, daß Abs. 2 und 1 des § 426 BGB. miteinander bei wörtlicher Auffassung des Abs. 2 in Widerspruch stehen. Daß die Forderung des Gläubigers gegen den einzelnen Gesamtschuldner auf den zahlenden Gesamtschuldner übergeht, ist an sich schon deswegen ausgeschlossen, weil im Moment der Erfüllung durch einen Gesamtschuldner gar keine Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner vorhanden ist, die einer Zession fähig ist. Aber selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß die Schulden der übrigen Gesamtschuldner nicht erlöschen, soweit ein Regreßanspruch vorhanden ist, kann es unmöglich im Sinne des Gesetzes sein, dem leistenden Gesamtschuldner die Forderung des Gläubigers zu zedieren. Denn was hätte denn der betreffende Gesamtschuldner für ein Interesse daran? Bei unteilbarer Leistung scheitert diese Betrachtung vollständig. A, B und C schulden z. B. dem B ein Pferd als Gesamtschuldner, C leistet das Pferd, der Anspruch des Gläubigers ginge also scheinbar auf C über. A und B würden nach dem § 431 ebenfalls nur als Gesamtschuldner haften. Der einzige Benachteiligte wäre dann schließlich derjenige, der zuletzt leistet. Denn eine Haftung nach Kopfteilen ist ja nur bei teilbarer Leistung möglich, basierend auf § 421 BGB. Das kann das Gesetz auch unmöglich gewollt haben. Vielmehr dient der

„Übergang der Forderung" nur dem Zwecke, dem leistenden Gesamtschuldner alle Sicherheiten, Bürgschaften und Pfänder, die dem Gläubiger von den einzelnen Gesamtschuldnern bestellt worden sind, für seinen Regreßanspruch dienstbar zu machen[1]). Eine entgegengesetzte Auffassung ist undenkbar, wenn es sich z. B. um eine Speziessache handelt, oder z. B. A und B dem C die Herausgabe einer Sache schulden und B die Sache herausgibt. Welcher Anspruch des Gläubigers soll nun auf B übergehen? Die dem C bereits herausgegebene Sache kann doch unmöglicherweise noch einmal von A dem B herausgegeben werden. § 426, Abs. 2 ist eben nicht wörtlich aufzufassen, er will nur den Übergang der Sicherheiten zugunsten des zahlenden Gesamtschuldners bewirken.

Naheliegend wäre es nun, auch bei unechten Solidarschulden eine Regreßpflicht zu konstruieren nach dem Gesichtspunkte einer Geschäftsführung ohne Auftrag. Meines Erachtens ist jedoch diese Erwägung für unrichtig zu erachten, und zwar aus folgenden Gesichtspunkten: Den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Geschäftsführung ohne Auftrag liegt der Gedanke zugrunde, daß das Gesetz es nach Möglichkeit erschweren will, daß jemand fremde Geschäfte wahrnimmt. Jedermann soll seine Angelegenheiten selbst besorgen. Bei selbst unechten Solidarschulden liegt die Sache aber umgekehrt. Hier besteht für den einzelnen Schuldner die selbständige Verpflichtung, zu erfüllen: Bei Geschäftsführung ohne Auftrag

[1]) Ebenso Dernburg: „Der Übergang der Forderung des abgefundenen Gläubigers auf den zahlenden Gesamtschuldner hat den Zweck, dem Erfüllenden Sicherheiten, welche den Gläubiger deckten, behufs Geltendmachung seines Ausgleichungsanspruches zu verschaffen." Ebenso auch Crome; andererseits verkennt Enneccerus das Wesen des § 426, Abs. 2 (Bd. I, 2, S. 253, Anm. 12 und im Text).

führt der Geschäftsführer ein Geschäft für einen anderen, ohne dazu verpflichtet zu sein; es handelt sich dann nur um einen freiwilligen Akt. Bei Solidarschulden aber ist der Akt „unfreiwillig“. Der einzelne Schuldner muß erfüllen, nur daß sich an den Erfüllungsakt die unabhängige Folge knüpft, daß auch die anderen Schuldner infolge von Zweckerreichung frei werden.

Man kann daher bei unechter Solidarität kein Regreßrecht konstruieren, weil ja der Faktor der subjektiven Zweckgemeinschaft fehlt, auf dem das Regreßrecht bei echter Solidarität basiert. Wenn man mitunter, z. B. Donnevert: „Die unechten Solidarobligationen“, wenigstens für einen Teil der unechten Solidarität sich auf § 355 BGB. stützt, um einen Regreßanspruch zu konstruieren, so ist auch diese Auffassung unhaltbar, wenn man in der Zweckerreichung einen Erlöschungsgrund der Obligation sieht. Selbst zugegeben, daß der Deliktsanspruch zu den Ansprüchen aus dem Eigentum gehört, ist doch der Deliktsanspruch erloschen, wenn dem Gläubiger für den Verlust einer Sache oder eines Rechts anderweitig Schadensersatz geleistet wird.

Meines Erachtens kann man einen Ersatzanspruch bei unechter Solidarobligation im konkreten Falle höchstens über § 823, Abs. 1 oder § 826 konstruieren. Dieser Gedanke findet im Gesetz seinen Ausdruck im § 840, Abs. 2 und 3. Man wird hier einwenden, daß § 840 gar nicht die unechte Solidarität betrifft, da nach § 840, Abs. 1 mehrere, die für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden zusammen verantwortlich sind, als Gesamtschuldner haften. Scheinbar liegt in derartig gelagerten Fällen also stets eine gesetzliche Gesamtschuld vor, ebenso, wie wenn mehrere Bürgen sich für dieselbe Schuld verpflichten oder die mehreren Versicherer im Falle der Doppelversicherung. Doch ist bereits

oben näher ausgeführt, daß § 840 BGB. nur in Verbindung mit § 830 BGB. zu verstehen ist.

§ 840, Abs. 2 und 3 regeln die Fälle, in denen mehrere Deliktsschuldner als unechte Solidarschuldner haften. Und in der Tat bedeuten die in Abs. 2 und 3 zitierten Fälle geradezu klassische Beispiele für unechte Solidarität. Der Regreßanspruch, den Abs. 2 und 3 begründen, repräsentiert sich meines Erachtens als ein modifizierter Schadensersatzanspruch. Die Schadensersatzverpflichtung des nach § 831 BGB. Haftpflichtigen würde nicht eingetreten sein, wenn nicht der zu der Verrichtung Bestellte dem Dritten den Schaden vorsätzlich oder fahrlässig zugefügt hätte. Dadurch hat der Bestellte auch den Besteller geschädigt. „Denn Schaden ist nicht nur die Beeinträchtigung positiver, sondern auch die Schaffung beziehungsweise Mehrung negativer Größen, der Schulden“[1]). Daß dem Bestellten der durch seine Schädigung des Dritten dem Besteller entstehende Schaden voraussehbar ist, ist für den Kausalzusammenhang nicht erforderlich. Nur der erste rechtswidrige Erfolg muß dem Bestellten voraussehbar gewesen sein, weil sonst kein Verschulden vorliegt. Auch die Voraussehbarkeit jedes weiter entstehenden Schadens ist nicht erforderlich[2]).

Es ist festzuhalten, daß der den Dritten schädigende Bestellte stets seinen Besteller in Anbetracht der Ersatzpflicht des § 831 schädigt. Die Ersatzpflicht des § 840, Abs. 2 läßt sich jedoch nicht als eine Konsequenz von § 823 auffassen. Voraussetzung für die Schadensersatzverpflichtung aus § 823 ist die Verletzung eines Rechts oder eines der im § 823, Abs. 1 genannten persönlichen Lebensgüter oder die Verletzung einer Schutzvorschrift im Sinne von § 823, Abs. 2. Das Vermögen

[1]) Vgl. Albrecht Fischer, Der Schaden nach BGB., S. 9, Anm. 2.
[2]) Vgl. RGE., Bd. VI, S. 1 ff. und 13, S. 65; 51, S. 30 ff.

als solches ist kein subjektives Recht, daher fällt eine Handlung, die nur das Vermögen im allgemeinen verletzt, nicht unter § 823, Abs. 1. Sie kann aber nach Abs. 2 von § 823 BGB., wenn ein Schutzgesetz verletzt ist, oder unter § 826 eine Schadensersatzverpflichtung erzeugen. Daß der zu einer Verrichtung Bestellte durch die Schädigung des Dritten ein Schutzgesetz zugunsten des Bestellers verletzt, ist ausgeschlossen. Ein Verstoß gegen § 826 BGB. ist undenkbar (wenigstens in der Praxis). Man könnte allerdings die Ersatzpflicht des Bestellten im Innenverhältnis als einen Anspruch aus Vertrag auffassen. Bei § 840, Abs. 3 versagt jedoch dieser Einwand völlig. Ich sehe in dem Anspruch aus § 840, Abs. 2 und 3 einen Fall, in welchem das Bürgerliche Gesetzbuch das Vermögen im allgemeinen schützt, über den Rahmen des § 823 BGB. hinaus.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 3. Mai 1890 zu Georgshütte (O.-S.) als Sohn des Berg- und Hüttensekretärs Rudolf Kaluza. Ich bin Preuße und evangelischer Konfession. Meinen ersten Schulunterricht erhielt ich auf der Knabenmittelschule zu Kattowitz (O.-S.). Darauf besuchte ich das Kgl. Gymnasium daselbst. Nachdem ich Ostern 1910 das Reifezeugnis erlangt hatte, studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar je ein Semester in München und Berlin, die übrigen vier Semester in Breslau. Von Anfang Mai 1913 an war ich mit der Anfertigung der vorliegenden Arbeit beschäftigt.

Die mündliche Prüfung bestand ich am 14. November 1913.